

Kontinuitätsargumente

- I. Gewohnheitsrecht
- II. Ständige Rechtsprechung
- III. Lateinische Prinzipien
- IV. Neues Recht im bewährten System
 - Dämpfendes Moment für neue Gesetze
 - Gesetzgeber ernst nehmen/ Begriffswandel einbeziehen
- V. **Altes Recht in neuem (Gesetzes)Gewand**
- VI. Wahre Zwecke eines Rechtsinstituts

Beispiel: Heinemeyer, JZ 2017, 918ff.

I. Gesetzliche Regelung (§ 817 BGB)

§ 817 S. 1 BGB enthält die *condictio ob turpem vel iniustam causam*.

II. Anwendungsfälle (Wucherdarlehen; Schwarzarbeit)

III. Erweiterte Auslegung

I. Einseitiger Gesetzes- oder Sittenverstoß des Leistenden

II. Historische Wurzeln

I. Materialien

II. Condictio ob turpem vel iniustam causam im Römischen Recht

III. Ergebnis

IV. Korrigierende Auslegung von § 817 S. 2 BGB

§§ 985ff. BGB bei Fremdbesitzern

- §§ 985ff BGB gehen auf Vindikation zurück
- Besitzer war im römischen Recht nur der Eigenbesitzer
- Verwendungsersatzansprüche des Fremdbesitzers??
 - Von Leasingnehmer beauftragter Werkunternehmer gegenüber Eigentümer (Kleinbussfall)
 - Untermieter gegenüber Eigentümer (Frankfurter Rennbahn)

Andere Materien mit ähnlicher Kontinuität

- Bedingung
- Gesamtgläubiger
- Auftrag
- Geschäftsführung ohne Auftrag
- Gesamtrechtsnachfolge
- ...

Auch nachdem sich die Zulässigkeit der Stellvertretung und der Abtretung von Forderungen im gemeineuropäischen Recht durchsetzte, behielt man das Rechtsinstitut der Gesamtgläubigerschaft bei und nahm dieses auch ohne nähere Erörterung in das BGB auf (Mugdan aaO, 156).

(Böttcher in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 428 BGB, Rn. 2)

„Pandektistische Dreisprung“

- Klassisches
Römisches Recht
 - Zäsur um 1800
 - „gemeinrechtliche Ballast“
- Pandektistik u. BGB-Kommissionen
- Auslegung der BGB-Vorschrift

Deppenkemper, jM 2018, 222, 225
zu **BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17**

Der Ansatz, zu dem der VII. Senat damit zurückkehrt, ist der historisch ältere und wurde durch Christian Knütel in seiner Kritik der „Fliesenentscheidung“ (oben B.II.) sowie einer Entscheidung zum Schadensersatz des Käufers bei mangelhafter Kaufsache in den Fokus gestellt: Zwar scheint er auf ausgetretenen Pfaden zu wandern, wenn er als Inhalt des Schadensersatzanspruchs das (allgemeine) Erfüllungsinteresse sieht. Dieses definiert er aber im Sinne des Wertinteresses: **Dogmatische Grundlage** für Knütel ist, dass **schon im römischen Recht** die Klage des Käufers (bzw. Bestellers) bei Mängeln nicht auf eine (Nach-)Erfüllungshandlung, sondern grds. auf eine Verurteilung auf Geld (*condemnatio pecuniaria*) ging (**Gai. 4, 48**). Mit dem Leistungsurteil wandelte sich die ursprüngliche (vom Richter zu schätzende) Geldschuld um; die sekundäre Geldschuld trat an die Stelle der Primärleistung. Entsprechend war nur die Vollstreckung wegen einer bestimmten Geldsumme möglich. Maßstab der geforderten Geldsumme war das Interesse des Klägers (*quod interest*) in dem Sinne, was ihm an der Sache gelegen ist (d.h. was seinem Nutzen betrifft), mithin der Mehrwert der Sache für das Vermögen des Käufers und nicht die Differenz zu seiner Vermögenlage bei pflichtgemäßer Erfüllung. Entsprechend geht das Erfüllungsinteresse im Sinne Knütels auf den (geldwerten) Vorteil, der das Erhalten der geschuldeten Sache dem Gläubiger bedeutet hätte.

Die Ausführungen zum klassischen römischen Recht sind so missverständlich, erwecken falsche Eindrücke von den Abläufen

Argumentationslinie Chr. Knütel, AcP 2002, 555-600, hier S. 571 f.

„Den **wahren Inhalt** des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung kann nur begreifen, wer den Begriff des „Interesses“ richtig versteht. Als juristischer Fachausdruck **geht er zurück auf** den Terminus des *id quod interest* im Corpus Iuris Civilis.

Den heutigen Interessebegriff hat Friedrich Mommsen geprägt, der dem *id quod interest* den Hinweis auf eine Vergleichung entnahm (*interesse* i.S.v. „dazwischen sein“) und darum in seiner Differenzhypothese das Interesse als abstrakte Differenz zweier Vermögenslagen definierte, ...

Die Mommsensche Definition des Interesses ist verfehlt ...“

Basis: ahistorische Wahrheit

= ist eigentlich nichts anderes als

Wird ersetzt durch Df. aus pandektistischer Lit. des 19 Jh., zudem gestützt auf Untersuchungen des 20. Jh. zum antiken römischen Recht

Ist das sinnvoll?

pro

- Entspricht der Perspektive des 19. Jahrhunderts
 - damit derjenigen des BGB-Gesetzgebers
 - BGB als Restatement
- Kodifikation nur „Welle im Strome“
- Zeigt, welche Fragen in der Kodifikation nicht mit bedacht wurden

contra

- Entspricht nicht dem antike Recht
- Missachtet den Kontext
- Ausblendung der Veränderungen vor 1800
 - Kanonisches Recht
 - Naturrecht (Abstraktionsniveau !)
- BGB hat sein eigenes System

“... den noch niemand hat nachweisen können, daß ein erheblicher dogmatischer Fehler auf einer historischen Unkenntnis beruht”

Kantorowicz, 1906

„... eine gesamt-kulturell belanglose Residualexistenz, aus der es auch die rückbesinnlich orientierte Neopandektistik, die dem amerikanisch getönten, globalen Recht trotz ihrer europäischen Würzelchen entgegenstreckt, nicht werden befreien können.“

Simon, Rg 2004, 89

“Es ist die Orientierung des römischen Rechts am Sachproblem, an der Natur der Dinge, die weltweit immer wieder zum Rückgriff auf dieses Recht Anlaß gibt.”

Knütel, JuS 1996, 778

“Europa und das römische Recht” heißt deshalb in diesem Zusammenhang nicht: wo finden sich Elemente des klassischen römischen Rechts in unseren modernen Rechtsordnungen, oder: haben die römischen Rechtsquellen in irgendeiner Form noch normative Kraft; es heißt vielmehr: inwieweit ist das europäische Privatrecht Ausprägung einer Tradition, die historisch auf das römische Recht zurückreicht, über dieses aber in einem jahrhundertelangen Entwicklungsprozess in vielfältiger Weise hinausgewachsen ist.
Zimmermann, AcP 202, 2002, 243ff, 255

“Gerade in der historischen, also nicht anwendungsbezogenen Aufgabe der Rechtsgeschichte wird deren Stellung und Erkenntnisinteresse gesehen; die Historisierung sei also nicht umkehrbar (P. Caroni, J. Rückert, D. Simon, P. Landau)“
Dilcher/Caroni, Norm und Tradition, 1998, S. 11

Angriffspunkte

- Back to the roots – steht in den Quellen überhaupt das, was behauptet wird? Was ist Quellenaussage, was Interpretation?
- Wandlungen des römischen Rechts
- Case-law Charakter genügend bedacht?

Dies folgt nicht nur daraus, dass natürlich die Wahl des kontinuierlich laufenden Gegenstandes eine Vorentscheidung des Historikers ist (Wieacker, 1967, 44). Vielmehr ist bereits die Feststellung des historisch verknüpften Faktums Interpretation (Stolleis, 28 ff.). Gleiches gilt für die historische Verknüpfung selbst, die sich nicht einfach aus dem Stoff selbst ergibt. Die Behauptung einer rechtshistorischen Kontinuität ist daher stets ein vom heutigen Betrachter ausgehendes Narrativ (Baumgartner, 249 ff.). Sie ist Teil eines wissenschaftlichen Kommunikationsprozesses, der auch der Selbstvergewisserung in der Gegenwart dient (Gadamer). Epochenverläu-

Haferkamp, Kontinuität, in: HRG² III
S. 177

Wiederkehr der Rechtsfiguren

- Mayer-Maly, JZ 1971
 - Arbitrium boni viri
 - Einziehungsermächtigung (*mandatum ad agendum in rem suam*)
 - Jahr, AcP 1968
 - Änderung im Schuldrechts-Lehrbuch v. Larenz
 - Fiducia cum creditore/Sicherheitsübereignung
- Unterschied: keine Kontinuität, sondern Renaissance

Ausblick

- Nächste Woche: Wahre Zweck eines Rechtsinstituts
- *Lit:*
 - *Caemmerer, Ernst* von, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: FS Rabel I.
 - *Jansen, Nils*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, AcP 216 (2016), 112.
 - *Rabel, Ernst*, Ausbau oder Verwischung des Systems, in: Gesammelte Aufsätze I.